

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN QUINTA****Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02706-01**Actora: JAIME ARTURO BARBOSA SÁNCHEZ****Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA -
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "C"****Asunto: Acción de tutela – Fallo de segunda instancia****OBJETO DE LA DECISION**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, adoptada el 29 de noviembre de 2017, mediante la cual se negó el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES**1. Solicitud de amparo**

1.1 Por medio escrito radicado el 12 de octubre de 2017¹, en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Jaime Arturo Barbosa Sánchez, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", con el fin de obtener la protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a los principios de oscilación y favorabilidad en materia laboral.

1.2 Las citadas garantías y principios los consideró vulnerados por la autoridad judicial accionada, al proferir la sentencia del 16 de

¹ Folio 1 del expediente.



agosto de 2017, correspondiente a la segunda instancia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL, con radicado No. 11001-33-35-017-2015-00327-01, que confirmó la providencia del 25 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado 17 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones.

1.3 A título de amparo constitucional, solicitó que se le tutelaran los derechos fundamentales invocados, así como:

“Con fundamento en los hechos relacionados y teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “C”, vulneró los derechos fundamentales de mi representado, por configurarse VIA DE HECHO, que transgrede el derecho al DEBIDO PROCESO, constituido por el principio de igualdad, Principio (sic) de Oscilación (sic) y el principio universal de favorabilidad laboral, por incurrir en VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, solicito respetuosamente a los Señores Magistrados de tutela, dejar sin efecto la providencia proferida Tribunal (sic) Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “C”, con fecha 16 de agosto de 2017”²

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala advierte como relevantes para la decisión que se adopta en la presente providencia, los siguientes hechos probados ello de conformidad con los documentos aportados al expediente:

2.1. Mediante Oficio No. 211 – Certificado CREMIL 1009289 – Consecutivo 2014-79568 del 15 de octubre de 2014 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó al señor Jaime Arturo Barbosa Sánchez el reajuste de su asignación de retiro, por concepto de variación del porcentaje de la prima de actividad.

2.2. El señor Jaime Arturo Barbosa Sánchez interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo antes mencionado, con el fin de que su asignación de retiro fuera reajustada teniendo en cuenta que la prima de actividad debía ser incrementada en un 36.5%, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

² Folio 6.



2.3. El proceso le correspondió por reparto al Juzgado 17 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, autoridad judicial que en sentencia del 25 de octubre de 2016 negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que al actor, mediante Resolución No. 1857 del 17 de octubre de 1990 le fue reconocida la asignación de retiro en cuantía del 58% del sueldo básico, a partir del 28 de mayo de 1990, en la cual se incluyó un 20% como prima de actividad.

Puso de presente que la prima de actividad se devenga por estar ejerciendo el cargo, sin embargo, una vez se hace uso del retiro los porcentajes que se toman son los previstos en las normas aplicables al momento del retiro.

Así las cosas, explicó que el principio de oscilación previsto para los miembros de la Fuerza Pública se encuentra relacionado con el reajuste anual que se efectúa al personal en actividad por parte del Gobierno Nacional, más no a las primas o demás asignaciones que se reconozcan a dichos funcionarios, como tampoco implica una equiparación matemática entre lo que reciben los miembros activos del servicio y aquel que ya se encuentra retirado.

Frente al reajuste de la prima de actividad dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el juez advirtió que el artículo 2º modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, por medio del cual se fijó el sueldo básico del personal en actividad, incrementado a partir del 1º de julio de 2007 al porcentaje reconocido de la prima de actividad previsto en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en el que se fijaba el porcentaje de reconocimiento de dicha prestación para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Sin embargo, la autoridad judicial puso de presente que en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 se extendió la aplicabilidad retroactiva de dicho incremento a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez obtenida antes del 1º de julio de 2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, afirmó que el principio de oscilación *“en los términos precisos consignados en el artículo 4º ibídem, fue más*



allá y trasladó el citado incremento a las asignaciones de retiro y pensión obtenidas antes del 1º de julio de 2007, introduciendo una retroactividad normativa, la cual no tiene el alcance dado por el demandante, ya que lo que dispone es que al personal con asignación de retiro o pensión obtenida ‘antes del 1º de julio de 2007’, su prima de actividad como factor salarial computable a la base liquidatoria se ‘ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º esto es, el 50% aplicado lógicamente, sobre el porcentaje reconocido con base en las disposiciones legales vigentes al momento del retiro.’³

Así las cosas, manifestó que el aumento porcentual de las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 21 de julio de 2007, se hace de conformidad con la siguiente tabla:

| Rango por Años de Servicios | % liquidado | INCREMENTO Decreto 2863/2007 | | Porcentaje Reajustado a partir de Julio 01 de 2007 |
|-----------------------------|-------------|------------------------------|--------|--|
| | | % | puntos | |
| Con menos de 15 años | 15% | 50% | 7.5% | 22.5% |
| Entre 15 a 19 años | 20% | 50% | 10% | 30% |
| Entre 20 hasta 24 años | 25% | 50% | 12.5% | 37.5% |
| Entre 25 a 24 años | 30% | 50% | 15.0% | 45.0% |
| Con 30 años o más | 33% | 50% | 16.5% | 49.5% |

Para el caso en concreto, tuvo en cuentas que la CREMIL en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, le aumentó al actor la prima de actividad con retroactividad al 1º de julio de 2007 del 20% al 30%, incremento porcentual que encontró ajustado a las previsiones de la citada norma.

2.4. Inconforme con la decisión anterior, el actor presentó recurso de apelación del cual conoció el Tribunal Administrativo de

³ Folio 79.



Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “C”, autoridad judicial que en sentencia del 14 de agosto de 2017 confirmó la decisión de primera instancia.

Como sustento de su decisión realizó un recuento normativo sobre los incrementos reconocidos a las asignaciones de retiro y la prima de actividad, frente a lo cual concluyó que aquella se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que posteriormente se convirtió en partida computable de las asignaciones de retiro, de acuerdo al porcentaje establecido para los años que el interesado estuvo en servicio activo.

Igualmente, señaló que *“la norma reformativa del Decreto 1515 de 2007, que incrementó los porcentajes de prima de actividad reconocidos en el Decreto 1211 de 1990, o sus anteriores, lo que esencialmente dice es que se incrementará el 50% del porcentaje computado en la asignación de retiro, nada dice de incrementar esa prestación en el mismo porcentaje ordenado a los sueldos y partidas de los miembros del servicio activo...”*⁴

Para el caso en concreto, observó que la CREMIL *“le incluyó un 20% por el factor prima de actividad en la asignación de retiro, entonces el 50% de esa partida computable, que tenía reconocida en la asignación de retiro del 25%, debía reajustarse en un 10% que corresponde al 50% de ese 20%, como en efecto fue acatado por la entidad demandada.”*⁵

Finalmente, puso de presente que mediante Resolución No. 01857 del 17 de octubre de 1990 la CREMIL le reconoció al actor asignación de retiro, en la que se incluyó la prima de actividad, en un 20%, a partir del 28 de mayo de 1990, por lo que era claro que su derecho pensional se configuró con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, por lo que no le es aplicable el artículo 2º.

De lo anterior infirió que, la norma legal aplicable es el Decreto 095 de 1989, el cual estableció la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro para los suboficiales en un

⁴ Folio 85 vuelto.

⁵ Folio 85 vuelto.



20%, cuando tengan más de 15 y menos de 20 años de servicio, como es el caso del actor.

En consecuencia, concluyó que la entidad accionada no le adeuda ninguna cantidad al actor, pues de la estricta aplicación del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 su prima de actividad fue incrementada en un 50%, es decir, hasta alcanzar el 30% que actualmente devenga.

3. Fundamentos de la vulneración

3.1. Como fundamento de la solicitud, indicó que la autoridad judicial accionada vulneró los principios de igualdad y oscilación, éste último establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

En relación con el principio de igualdad, expresó que se debía realizar un test, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-141 de 2013⁶. Igualmente, puso de presente lo establecido por el Juzgado 34 Administrativo de Medellín, frente a la aplicación del mencionado principio.

Así mismo, explicó que el Tribunal accionado vulneró el principio de igualdad, frente a lo cual alegó el desconocimiento de sentencias proferidas sobre hechos similares por la Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Frente al principio de oscilación, puso de presente que el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A” en la sentencia del 23 de febrero de 2017 con radicación 11001-03-25-000-2010-00186-00 estableció que se trataba de una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro.

Manifestó que la autoridad judicial accionada realizó una indebida interpretación de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, pues

⁶ La Corte indicó: “Todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentran en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad. Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad.”



a su juicio, esas normas indican que tanto para activos como retirados el reajuste de la prima de actividad debe ser del 16.5% que es el 50% del 33% que percibían los activos.

3.2. Igualmente, manifestó que se desconoció lo establecido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” en el fallo del 23 de enero de 2014, que aplicó la interpretación favorable de la norma.

4. Actuaciones procesales relevantes

4.1 Admisión de la demanda

Con auto del 19 de octubre de 2017⁷, el Magistrado Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la solicitud de tutela y ordenó la notificación a los Magistrados de la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Juez 17 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

Asimismo, se vinculó en calidad de terceros con interés a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

4.2 Intervenciones

Realizadas las notificaciones ordenadas de conformidad con las constancias visibles de los folios 36 a 41 del expediente, se presentaron las siguientes intervenciones.

4.2.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

En escrito enviado por correo electrónico el 31 de octubre de 2017, el apoderado de esta entidad solicitó se declarara la improcedencia del amparo de la referencia, al no encontrar vulneración de los derechos fundamentales del actor. Igualmente, pidió se le desvinculara del trámite constitucional.

⁷ Folio 35.



4.2.2 Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”

Mediante escrito radicado el 30 de octubre de 2017 en la Secretaría General de esta Corporación, el Magistrado Ponente de la decisión censurada explicó que el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007 dispuso incrementar en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo como factor salarial y de cuantificación de las prestaciones distintas a la asignación de retiro, a partir del 1º de julio de 2007 y que, por su parte el artículo 4º del mencionado Decreto ordenó el reajuste de la asignación de retiro o pensión de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en ese mismo porcentaje, a quienes se les haya reconocido la mencionada asignación con anterioridad al 1º de julio de 2007, respetando el principio de oscilación.

Teniendo en cuenta lo anterior, puso de presente que la asignación de retiro que percibe el tutelante debió ser incrementada en un 50% del porcentaje inicialmente reconocido respecto de la partida prima de actividad, que conforme a las pruebas obrantes en el expediente se evidenció fue del 20%, entonces se estableció que el 50% de esa partida computable se debía reajustar en un 10% que corresponde al 50% de ese 20%, como en efecto ocurrió, pues actualmente dentro de su asignación de retiro le fue computada esta partida en un 30% que corresponde a la cuantificación acorde a la norma legal.

Por lo anterior solicitó se negaran las pretensiones de la demanda.

4.2.3. Juzgado 17 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Con escrito enviado por correo electrónico el 1º de noviembre de 2017, la autoridad judicial explicó que la decisión adoptada se fundamentó en la normatividad y jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que la acción de tutela resulta improcedente.

5. Fallo impugnado

5.1 La Sección Cuarta del Consejo de Estado, dictó sentencia del 29 de noviembre de 2017, por medio de la cual negó el amparo solicitado.



5.2 Como fundamento de su decisión, analizó la sentencia censurada, frente a lo cual concluyó que dados los supuestos de hecho demostrados, la interpretación y aplicación de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, efectuada por el Tribunal accionado en el caso particular, no resulta contraevidente, irrazonable, caprichosa, ni arbitraria.

Por el contrario, manifestó que el entendimiento y aplicación que hizo el Tribunal de esa norma, resulta razonable. Situación distinta es que el tutelante disienta del análisis y de la decisión que asumió el Tribunal, lo cual no configura el defecto alegado.

5.3. Finalmente explicó que no se erige como un precedente la decisión de otra Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues, no solo no es vinculante por tratarse de la decisión de otra Subsección, sino que en razón al principio de autonomía judicial, dos jueces de la misma jerarquía pueden tener criterios diferentes al momento de dictar sentencia.

6. Impugnación

Con escrito radicado el 12 de enero de 2018⁸ el señor Jaime Arturo Barbosa Sánchez impugnó la decisión de primera instancia, para lo cual reiteró que la autoridad judicial accionada vulneró los principios de igualdad y oscilación en relación con la aplicación de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

Para el efecto citó nuevamente las sentencias del Juzgado 34 Administrativo de Medellín, de la Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así como la providencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A” del 23 de febrero de 2017 con radicación 11001-03-25-000-2010-00186-00.

Igualmente, expresó que se desconoció lo establecido en la sentencia SU-298 de 2015 de la Corte Constitucional en cuanto a que el precedente judicial es considerado como la mejor fórmula adoptada por los jueces, hasta ese momento para resolver un

⁸ La sentencia del 29 de noviembre de 2017 fue notificada por correo electrónico enviado el 19 de diciembre de 2017.



problema jurídico, por lo que si un asunto ha sido discutido y se ha adoptado una solución previamente, los casos similares que se presenten deben ser resueltos de la misma manera.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 29 de noviembre de 2017, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2591 de 1991 y en el numeral 2º del Acuerdo 55 del 2003 del Consejo de Estado.

2. Cuestión Previa

Previo a resolver el fondo del asunto, observa la Sala que la CREMIL, en su escrito de contestación de la tutela, solicitó la desvinculación del proceso, sin que ello hubiese sido resuelto por el a quo constitucional, por lo que se realizará el pronunciamiento que corresponda en la presente providencia.

Al respecto se advierte que ésta no procede teniendo en cuenta que su vinculación al proceso se hizo como tercero con interés en el resultado de éste y no como entidad accionada, dado que conformó la parte demandada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual se dictó la providencia que se cuestiona en el presente trámite constitucional.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si confirma, revoca o modifica la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado, para lo cual la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Vulneraron las autoridades judiciales accionadas, los derechos fundamentales del actor al incurrir en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente?



4. Razones jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** Generalidades de los defectos alegados; y **(iii)** análisis del caso concreto.

4.1. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁹ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁰ y declaró **su procedencia**¹¹.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

4.2. De las generalidades del defecto sustantivo

La Corte Constitucional¹², ha explicado que el defecto sustantivo se presenta cuando *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹³.

⁹Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González.

¹⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹¹ Se dijo en la mencionada sentencia *“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”*

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU-195 del 12 de marzo de 2012. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio
¹³ Corte Constitucional, Sentencias SU.159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Espinosa, T-043 del 27 de enero de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-295 del 31 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-657 del 10 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 del 31 de agosto de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-743 del 24 de julio de 2008, M.P. Manuel



Puntualmente, lo configuran los siguientes supuestos:

- a) El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente¹⁴ o porque ha sido derogada¹⁵, es inexistente¹⁶, inexecutable¹⁷ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador¹⁸.
- b) No se hace una interpretación razonable de la norma¹⁹.
- c) La disposición aplicada es regresiva²⁰ o contraria a la Constitución²¹.
- d) El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición²².
- e) La decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma²³.
- f) Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente, siempre que la parte accionante cumpla con la carga argumentativa.

4.3. Del desconocimiento del precedente

La Sala precisa que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente. También se considera que constituyen precedente las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de unificación expedidas tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

José Cepeda Espinosa, T-033 del 1º de febrero de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-792 del 1º de octubre 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio entre otras

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-189 del 3 de marzo de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-205 del 4 de marzo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-800 del 22 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-051 del 30 de enero de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 del 28 de octubre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-018 del 22 de enero de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-086 del 8 de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²² Corte Constitucional, Sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-807 del 26 de agosto de 2004. M.P. Clara Inés Vargas



Resulta necesario precisar “...que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.”²⁴

4.4. Del caso en concreto

En el caso objeto de estudio, la Sala advierte que la parte actora en su escrito de impugnación reiteró el argumento relacionado con el defecto sustantivo y, el desconocimiento de la sentencia del Juzgado 34 Administrativo de Medellín, así como de la providencia del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A” del 23 de febrero de 2017, por lo que el estudio del caso se centrará en aquellos aspectos.

Igualmente, manifestó que se desconoció la sentencia SU-298 de 2015 de la Corte Constitucional.

4.4.1. Del presunto defecto sustantivo

El actor sustenta la ocurrencia del defecto sustantivo en una indebida interpretación y alcance de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

Lo anterior por cuanto de la aplicación del artículo 4º antes mencionado, y del principio de oscilación, a su juicio, se desprende que tenía derecho a un incremento del 50% aplicado en igualdad de condiciones frente a los miembros activos de la Policía Nacional, es decir sobre un 33% correspondiente a la prima de actividad de aquellos, y no como se le aplicó el incremento, es decir un 50% sobre el 20% que venía devengando.

Esta Sección considera que los argumentos aportados en la tutela y la impugnación solo están compuestos por una postura personal acerca de la interpretación legal del caso, que pretende implementar una nueva instancia a la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01



Al igual que lo hizo el *a quo* constitucional, se puede comprobar que la autoridad judicial demandada presentó argumentos sobre el alcance de la norma dentro del régimen legal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Sobre el punto, el Tribunal puso de presente que a través del artículo 37 del Decreto 673 de 2008 se derogó el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º, es decir, lo relacionado con el incremento de la prima de actividad para el personal uniformado en goce de asignaciones retiro, pues el principio de oscilación siguió con plena vigencia.

Así las cosas, para el caso en concreto manifestó que, al actor en un primer momento, se le incluyó un 20% por factor de prima de actividad en la asignación de retiro, por lo que sobre ese porcentaje se debía aplicar el incremento del 50% dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007²⁵, como en efecto ocurrió.

Por lo anterior concluyó que la entidad no le adeuda al tutelante adición alguna por este concepto, pues dio estricta aplicación al Decreto 2863 de 2007, incrementando la partida computable por prima de actividad en un 50%, es decir, hasta alcanzar el 30% que actualmente percibe.

Como se observa, el Tribunal demandado efectuó una interpretación lógica del alcance de las normas referidas al caso y también precisó a qué valores aplica el aumento de la prima de actividad de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

Para esta Sala la sentencia censurada no incurrió en defecto sustantivo en la medida en que efectuó una interpretación razonable de las normas aplicables al caso. Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de tutela no está llamada a prosperar, ya que la providencia cuestionada y desfavorable a los intereses del actor, obedece a un criterio de interpretación legítimo por parte del juez de instancia,

²⁵ Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.



sobre los hechos y fundamentos jurídicos, fruto de la autonomía judicial consagrada en el artículo 228 superior²⁶.

Se evidencia, que lo que se pretende es reabrir un debate de instancia, proponiendo nuevamente cuál sería el parámetro hermenéutico favorable a sus intereses.

4.4.2. Del desconocimiento del precedente

En primer lugar, el tutelante manifestó que se desconoció lo establecido por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A” en la sentencia del 23 de febrero de 2017, en relación con el principio de oscilación, pues a su juicio, en la mencionada providencia se afirmó que el incremento debía darse sobre la misma base tanto para los miembros activos como los retirados, situación que no ocurrió en su caso en concreto.

Al respecto, la Sala advierte que la parte actora cumplió con la carga argumentativa requerida para analizar el cargo planteado, pues indicó la providencia que alega como desconocida, la regla cuya aplicación pretende en el caso en concreto y la incidencia que tiene la misma en el *subjudice*,

En la sentencia del 23 de febrero de 2017 el Consejo de Estado resolvió la acción de simple nulidad interpuesta contra el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 y se pronunció sobre el principio de oscilación indicando lo siguiente:

“Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes.

(...)

²⁶ Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 17 de julio de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado No. 11001-03-15-000-2013-02554-01. De la misma Sección: Consejero Ponente (E): Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 14 de febrero de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03240-00. Actor: Luz Marina García Hernández. Demandados: Tribunal Administrativo Del Tolima y otro.



La Sala observa que en aplicación del principio de oscilación, la norma acusada consagró que el ajuste de las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez y sobrevivientes que perciban los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenidas antes del 1.º de julio de 2007, se realizará en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo oficial o suboficial correspondiente, por razón del artículo 2 del decreto acusado.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007²⁷, y dispuso incrementar en un 50% a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990²⁸.

Lo anterior lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la nulidad del mencionado artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 sustentada en la vulneración del derecho a la igualdad de los agentes retirados de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales, lo que persigue es que a aquellos se les extienda el ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje previsto por el artículo 2.º para los agentes activos.”

En relación con el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007 puso de presente que la Corporación ya se había pronunciado, en el sentido de indicar que no se configuraba violación del derecho a la igualdad ya que si bien se afirmaba, en aquella oportunidad que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos, lo cierto es que no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio a trabajo igual salario igual, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión.

Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, esta Corporación concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades por lo que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, concluyó que no existía vulneración al principio de igualdad.

²⁷ Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.

²⁸ Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).



Ahora, esta Sección observa que la autoridad judicial accionada no desconoció la interpretación expuesta sobre el principio de oscilación en la sentencia del 23 de febrero de 2017, pues en ningún momento pasó por alto que el actor tuviera derecho al incremento propuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, al igual que lo tienen los miembros activos de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como lo explicó el Consejo de Estado en la mencionada providencia.

En efecto, como se ha venido afirmando a lo largo de esta providencia, al señor Jaime Arturo Barbosa se le efectuó un incremento igual al 50% de la prima de actividad que venía percibiendo, por lo que en la actualidad dicha prestación corresponde a un 30% de la mencionada prima.

Así las cosas, para la Sala es claro que no se configura el desconocimiento del precedente alegado en la tutela y reiterado en el escrito de impugnación.

Por otro lado, el actor alegó el desconocimiento de sentencias proferidas sobre hechos similares por la Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así como de la sentencia del 4 de agosto de 2017 del Juzgado 34 Administrativo de Medellín.

Al respecto, la Sala reitera que las providencias de los Tribunales y Jueces no constituyen precedente, dado que solamente pueden considerarse como tales los proferidos por los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones, como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución Política de 1991.

En consecuencia, lo que sí resulta procedente es analizar, en relación con la sentencia citada de la Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, si con la decisión cuestionada se dio un trato desigual al resolver la *litis* que se presentó entre el señor Jaime Arturo Barbosa Sánchez y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en atención a que según el actor, sobre el mismo tema, ya existía un antecedente.



De esta manera, corresponde a la Sección estudiar si la providencia referenciada fue proferida por la misma autoridad; es decir, que la Sala esté integrada por los mismos Magistrados, la fecha de ellas para verificar que la decisión que se alega como desconocida se haya dictado previo al fallo cuestionado, y que exista identidad fáctica y jurídica²⁹.

Frente al primero de los requisitos, se observa que la sentencia citada como desconocidas por el actor no fue proferida por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativa de Cundinamarca, autoridad judicial que expidió la providencia atacada.

Por lo tanto, no se puede predicar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, en tanto que el fallo citado no proviene de la misma autoridad judicial demandada en el presente proceso.

Así mismo, para controvertir totalmente los argumentos de la tutela, se advierte que las interpretaciones de otros jueces o Tribunales no pueden vincular a las corporaciones de igual jerarquía, pues estas gozan de autonomía para dar alcance a las normas aplicables al caso.

Por último, la Sala advierte que la parte actora alega el desconocimiento de la sentencia SU-298 de 2015 proferida por la Corte Constitucional. Sin embargo, dicho argumento fue expuesto en el escrito de impugnación, más no se elevó en la demanda de tutela, por lo que esta Sección no se pronunciará al respecto, ya que de hacerlo se vulneraría el derecho al debido proceso de la parte actora.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

²⁹ Metodología que fue utilizada por esta Sección en sentencia de 4 de febrero de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicado: 11001-03-15-000-2015-03255-00.



FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2017 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado por el señor Jaime Barbosa Sánchez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de desvinculación del proceso propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

